

# 预期违约法律问题探讨

## ——兼评我国《合同法》对预期违约的规定

厦门大学法律系 李茂年

**摘要** 预期违约源于英美法,我国已参加的《联合国国际货物销售公约》以及新颁布的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)都在不同程度上对这一理论予以采纳。本文拟对预期违约理论进行探讨,在此基础上对我国《合同法》的相关规定作出评析。

**关键词** 预期违约 《合同法》 《联合国国际货物销售公约》

预期违约(Anticipatory breach of contract),又译为先期违约,源于英美法。该理论对世界许多国家的合同法都产生了重大影响。本文拟对预期违约理论进行探讨,在此基础上对我国《合同法》对预期违约的规定作出评析。

### 一、预期违约的概念、特征及形态

违约从时间上可分为两种类型:实际违约与预期违约。在英美法上,预期违约源于1853年英国的霍切斯特诉戴·纳·陶尔案的判例<sup>①</sup>。它指的是下述两种情况:在合同有效成立后至合同约定的履行期限届满前,一方当事人明确肯定地向另一方当事人明示其将不按约定履行合同义务;或者另一方当事

人的自身行为或客观事实默示其将不能按约定履行合同义务<sup>②</sup>。前一种预期违约,称之为“明示预期违约”;后一种情况则称为“默示预期违约”。预期违约主要特征:(1)预期违约发生的时间是在合同有效成立后至履行期届满前这段时间内,因此称为“预期”违约。(2)一方当事人明确肯定地向另一方当事人表示他将不履行合同或一方当事人根据客观事实预见到另一方当事人将不会或不能履行合同,因此称之为预期“违约”。预期违约有明示预期违约与默示预期违约两类。

#### (一)明示预期违约

美国《统一商法典》第2610条将此种行为表述为“任何一方表示拒不履行尚未到期的合同义务,且这种毁约行为对于另一方而

转型时期,权力滋生腐败几乎是不治之症。因此,法规和廉政也只能常抓不懈。

总之,上市公司配股是促使股市规范发展的一个重要契机。我国的配股工作虽然在过去几年已大有进步,但实际操作中的问题依然不少。可以说,上市公司、中介机构、监管机构 and 投资者等股市四方参与者,本来都应

有各自的责权利和风险,但现在几乎都将风险转嫁到了投资者身上,尤其是中小投资者。因此,可以将配股作为切入点,严格规范四方的行为,让各方承担起应有的责任和风险。唯有如此,我国的股市不断扩容才有安全保障,股市才能步入健康发展的轨道。

(责任编辑 于友伟)

言会发生重大合同价值损害”。构成明示预期违约,必须符合以下构成要件:(1)合同必须合法有效。如果当事人双方订立的合同尚未生效,违约亦无从谈起。(2)明示预期违约的提出必须在合同有效成立后至合同履行期届满前这段时间内。(3)一方当事人必须自愿地(Voluntarily)、肯定地(Affirmatively)、确定地(Positively)、明确地(Definitely)向另一方当事人表示,他将不履行合同义务。(4)对方表示的不履行,必须是重大的不履行,即不履行的是合同的主要义务<sup>③</sup>。

明示预期违约的形式既可以是书面的,也可以是口头的;可以说明不履行的原因,也可以根本不作说明。对于合同一方当事人明示预期违约,另一方当事人有权选择下述两种方式获得救济:第一,接受预期违约,按现实违约可采取的救济方式,追究对方的违约责任。这一规则是英国早在1853年Hochster V. De La Tour一案中确立的<sup>④</sup>。第二,不接受“预期违约”,坚持合同原有效力,等待明示预期违约方收回毁约表示,以便从合同的履行中获得更大的利益。这一救济方式为英国1855年Avery V. Bowden一案的判例所确立<sup>⑤</sup>。

## (二)默示预期违约

默示预期违约规则是英国在1894年辛格夫人诉辛格一案中确立的<sup>⑥</sup>。默示预期违约与明示预期违约行为一样都是发生在合同有效成立后至履行期届满之前,并都构成了对债权人的期待债权的侵害。但两者的不同之处是:(1)明示预期违约是指毁约一方明确表示他将不履行合同义务,而在默示毁约的情况下,债务人并未明确表示他将在履行期到来时不履行合同,只是从其履约的准备行为、现有经济能力、信用情况等,可预见到他将来不履行或不能履行合同,而这种预见又是确立在确凿的证据基础之上的;(2)明示毁约行为对期待债权的分割是明确肯定

的,债务人的主观状态是故意的,而默示毁约行为对期待债权的侵害不像明示毁约行为那样明确肯定,债务人在主观上可能出于过失<sup>⑦</sup>。

对于默示违约情形,一方当事人必须有合理的理由预见另一方当事人届时会有不履约的危险。根据判例法,这种合理的理由主要有三种:(1)债务人经济状况不佳,没有能力履约;(2)商业信用不佳;(3)债务人在准备履约及履约过程中的行为表明债务人有违约的危险<sup>⑧</sup>。一方当事人预见另一方当事人届时将不能履行合同义务,有如下救济方法:(1)请求对方提供能够全面实际履行合同的充分保证;(2)中止履行他尚未得到约定给付相应的那部分合同义务;(3)若默示预期违约方拒绝提供履行合同的充分保证,另一方合同当事人可将默示预期违约视为明示预期违约,选择明示预期违约补救方式进行救济。

## 二、预期违约的立法依据与目的

传统合同法理论和法律观念始终注重最大限度地保护债权人利益,并极力谴责不履行合同义务的行为。而预期违约至少意味着允许和承认债务人进行效率违约,有人甚至认为这是在鼓励或纵容债务人违约。所以,预期违约与传统上试图借助合同法谴责违约行为的道德基点,有着巨大的反差。立法何以要突破传统观念,对实际违约前的当事人行为加以制约,并规定救济方式呢?其依据何在?有学者认为,英国法系的“相互寄予期望原则”,和大陆法系的“情事变更原则”,在解释预期违约立法根据上做出了努力<sup>⑨</sup>。实际上,英美法之所以接受预期违约,是由于多种经济、社会原因促成的,而不是纯粹法律的逻辑产物。其原因归根到底,不外乎两个:效益与公平。

在现代经济生活中,诸多经济和社会因素瞬息万变。对于不能即时清结的合同来说,

自从合同有效订立到合同履行的期间内,会出现许多不可知的情况使得合同无法履行或难以履行。一方当事人可以通过预期违约的方式,避免或减少某些损失,甚至借此获利。在一方当事人预期违约时,若不采纳预期违约规则,则另一方当事人除了视合同有效并在履行期届满前依约履行外,不能获得救济。因此对另一方当事人来说,即使对方明示预期违约或者将来有不履约的危险,他的等待只是在冒风险,因为他还得做好万一预期违约自己也须履约的准备。所有这一切的支出,完全有可能因预期违约方的最终不履行成为不必要,这就导致了难以弥补的损失,造成了资源的浪费。相反,如果采纳预期违约规则,则另一方当事人可以从原合同中解脱出来,他就能制止情况的恶化,比如他可以立即解除合同请求损害赔偿,然后及时与第三方订立补救性合同;或者要求对方及时提供充分的履约保证,这就比他在空等和做可能毫无意义的准备履行工作要好得多,损失也大大减少,社会资源得到了有效的利用,相应地,他向预期违约方索赔的数额也就会少得多,有效地避免了人力、物力、财力的浪费<sup>①</sup>。所以,就局部来说,预期违约对债务人有利而无害,对全社会来说,也有利于实现资源的有效配置,提高法律制度的效益。

预期违约有利于实现双方当事人的公平。因为即使合同中没有明文规定,合同也显然包含着一方当事人的履行是以另一方当事人能够履行、愿意履行、准备履行或已经履行为条件的。一旦一方当事人预期违约,这一条件便告丧失。如果法律不接受预期违约,就将使另一方当事人处于非常不利的地位。

至此,采纳预期违约制度的目的已经十分明确了:使受损害方获得法律上的救济,防止其蒙受本来可以避免的损失。从全社会的视角上看,则能将损失减少到最低限度,从而

实现法之公平及效益价值。

### 三、预期违约与实际违约、不安抗辩之比较

#### (一)预期违约与实际违约的比较

二者的救济手段相似,如一方当事人享有解约权和损害赔偿请求权,但二者在以下方面是有区别的:(1)预期违约是合同当事人在合同约定的履行期限届满前将不会或不能履行合同的一种实在危险;而实际违约是合同当事人在合同约定的履行期届满后对合同义务的实际违反。(2)预期违约只能是合同一方当事人违约,而实际违约既可以是一方违约,也可以是双方违约。(3)预期违约是一种可能违约,这种可能性既可因对方当事人严格履行合同而归于消灭,也可因对方当事人最终仍不履行而转化为实际违约,因而预期违约并不必然承担违约责任,实际违约一般必然承担违约责任,且实际违约责任还可由双方当事人约定,只要这种约定不违反法律和社会公益。(4)预期违约所违反的义务是未来到期的义务,侵害的是债权人的期待债权;实际违约所违反的义务是现存的义务,侵害的是债权人的现实债权。

#### (二)预期违约与不安抗辩之比较

英美预期违约理论的立法,以《美国统一商法典》最为典型和完善。《美国统一商法典》第2610条的规定不仅肯定了英国判例确立的明示预期违约的两种选择救济权,而且还增加了在明示预期违约情况下,受害方可以中止履行合同义务,提起违约救济诉讼的权利。对于默示预期违约,《美国统一商法典》第2609条作了规定:“1. 买卖合同双方都负有不辜负对方要求自己正常履约的期望的义务。当任何一方有合理理由认为对方不能正常履约时,他可以书面形式要求对方提供正常履约的充分保证,且在他收到这种保证之前,可以暂时中止与他尚未得到约定给付相

对应的那部分义务,只要这种中止在商业上合理。2.在商人之间,所提出的理由是否合理和所提供的保证是否充分,应根据商业标准来确定。3.接受任何不当的交付和付款并不影响受害方要求对方对未来履行提供充分保证的权利。4.一方收到另一方有正当理由的要求后,如果未能在最长不超过30天的合理时间内按当时情况提供履行的充分保证,即构成毁约。”<sup>④</sup>这就完全确立了默示预期违约的三种救济方式。

在大陆法系国家合同立法没有预期违约的概念。在清偿期到来之前,债权人并不享有实际请求履行的权利,此时并不发生债务人不履行债务的责任。但它使用的“不安抗辩权”与英美法的“默示预期违约”相近,不安抗辩权源于德国法,是大陆法为贯彻公平原则避免先履行一方当事人蒙受损失而特设的制度。另一方当事人的财产在订约后明显减少,可能难于履行对待给付义务时,在该方当事人未履行对待给付义务或提供担保前,先履行一方有权拒绝履行先为给付义务。

默示预期违约与不安抗辩权极为相似,其共同点是两者都在订约之后至履行期届满之前这段时间内,一方发现另一方有不履约的危险,但相对方并无明确表示;两者都可以要求对方作出履约充分保证,否则可以中止自己的对待给付。但作为不同法系的制度,不安抗辩权与预期违约制度之间,仍有较大差异:(1)前提条件不同。行使不安抗辩权的前提条件是双方当事人履行债务的时间有先后之别,预期违约则无此前提条件。(2)依据不同。大陆法上行使不安抗辩权的法定事由具有唯一性,即《德国民法典》第321条规定的:“他方的财产于订约后明显减少,有难为对待给付之虞时”。明示预期违约的依据是一方当事人明确肯定地向另一方当事人表示他将不履行合同的行为;默示预期违约依据有三:对方当事人履约能力明显减弱;对方当事

人履约信用有严重缺陷;对方当事人有其他履约的过程中有违约行为。可见,预期违约的法定事由具有多元性。(3)过错是否为构成要件不同。大陆法系不安抗辩权的成立无须对方主观上有过错,只要其财产于订约后显著减少有难为对待给付之虞即可;英美法的预期违约理论将“明示预期违约”和“履行不能”视为一种违约类型,且预期违约的构成要件就是承担预期违约责任的要件。因此,预期违约的成立必须违约方主观上有过错<sup>⑤</sup>。(4)法律救济方法不同。不安抗辩权的主要法律救济方法是中止履行先行给付义务,请求对方当事人提供履约担保。如对方当事人不提供担保能否解除合同,多数国家立法未作明文规定,瑞士债务法虽然规定在此情况下可解除合同,但行使不安抗辩权的当事人不能因此取得损害求偿权<sup>⑥</sup>。美国《统一商法典》对默示预期违约的法律救济方法除了请求对方提供履约的充分保证和中止履行合同外,还明确规定,如对方在合理的时间内不能提供履约充分保证,可视对方毁约,从而解除合同并可以请求损害赔偿。(5)对合同双方的保护不同。不安抗辩权仅给予双务合同中有先为给付的一方当事人,而未给合同另一方当事人以相应的法律保护。英美法预期违约制度则平等地赋予合同双方以预期违约救济权,更加注重合同双方的利益平衡和权利平等。

#### 四、预期违约与《公约》中相关制度的比较

1980年《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)基本上吸收了英美法“预期违约”理论的框架。《公约》确立的预期违约与英美法预期违约虽相类似,但仍有如下不同:(1)判定标准不同。《公约》第71条为了防止一方当事人因主观判断而随意中止履约,明确规定了判定“预期违约”的三项“客观”标准,即履约能力严重不足;履约信用严

重缺陷;债务人的客观行为表明他将不能履约。这三个标准是客观的,由于判断人是债权人,因而难免掺杂主观成份。但是,这并不妨碍大局,因为这时债权人仅可中止履行合同,并不能因此而解除合同,而且公约使用了“显然”一词作为这三个客观标准的程度,进一步限制了当事人的主观成份,即他不能仅以自己的主观担心作为中止履约的理由<sup>⑨</sup>。英美法则规定,“只要一方有合理理由”即可认定对方预期违约,而在商人之间,认定对方当事人预期违约的理由是否“合理”,应根据“商业标准”而非法律标准来确定。二者相较,英美法对预期违约判定标准的规定具有更大的主观随意性。(2)构成要件不同。《公约》确立的预期违约要求必须是一方“显然将不履行其大部分重要义务”或“明显看出一方当事人将根本违反合同”。英美预期违约立法,对默示预期违约是否以违反“大部分”和“重要义务”为构成要件,未作明确规定。因此,《公约》对预期违约的构成要件规定较为严谨与明确。(3)分类不同。英美法把预期违约分为明示预期违约和默示预期违约两种;而《公约》却将预期违约分为根本性违约和非根本性违约两种。(4)法律救济方法不同。《公约》分别规定了两种救济方法:如一方当事人“显然将不履行其大部分义务”,则另一方当事人可以中止履行义务;如“明显看出一方当事人将根本违反合同”,另一方当事人可以宣告合同无效。英美法对默示预期违约采取的救济方法只能致函对方在合理的时间内提供充分保证,在此之前,如果商业上合理可以中止自己的对待给付,在对方提供充分保证后则不能解除合同而应履行合同。只有在对方不及时提供充分保证时方可解除合同,请求赔偿。所以,在这点上,英美法较优。

### 五、《合同法》对预期违约规定的评析

《合同法》第94条第2项、第108条规定

了预期违约,它包括明示的预期违约和默示的预期违约两种。《合同法》第108条规定“明确表示”是指:这种“表示”必须是(1)明确、肯定,不能模棱两可;(2)直接向对方当事人,而不能向第三人或由第三人转告;(3)是当事人本人所为,而不是由第三人所为;(4)不属法定抗辩理由,不是《合同法》第66~68条规定的几种情况,如果有法定抗辩理由就不是预期违约,而是依法行使权利。第108条规定的“合同义务”必须是第94条第2项所指的“主要债务”,主要债务不履行将导致合同根本没有履行,合同目的根本没有实现。《合同法》第108条“以自己的行为表明”是指一方当事人通过自己的行为让对方当事人有确切的证据预见到他在履行期限届满时将不履行或不能履行合同主要义务。例如,出卖人通过订立买卖合同将某特定物转让给甲后,又与乙订立买卖合同将同一标的物再行转让,出卖人虽然没有明确通知甲不履行合同义务,但他以自己的行为表明自己不会履行与甲订立的合同。

由上观之,《合同法》有限地采纳了英美法的预期违约规则,有利于充分保护债权人的利益,表明了我国民事立法不囿于大陆法系理论框架,大胆吸收借鉴外国先进立法技术、立法经验的态度,《合同法》这一做法无疑是成功的,但它还存在如下瑕疵:

1.《合同法》对两大法系不同制度兼纳并收,但仍然存在某些疏漏及不妥。首先,第68条和第69条的不安抗辩权虽然与第67条的同时履行抗辩权规定在一起,这看似保持传统大陆法体例的完整,但它已经不是传统意义上的不安抗辩权,这主要表现在第69条救济方式与第94条第2款推定预期违约救济方式的趋同上。所以笔者认为第68条和第69条在某种程度上是第94条第2款有关推定预期违约规定的已有之义。既然已非传统不安抗辩权,也就没有必要在第68条和第

69条作另外的规定,以保持看似完整的大陆法立法体例。其次,如果仍力图保持传统大陆法体例的完整,在第68~69条规定不安抗辩权,则第94条第2款后段应作适当修改。因为先履行一方依第68条和第69条在后履行一方于其履行期前有所列情形之一,即可推定对方预期违约的情况下,只有后履行一方不提供担保时才可以解除合同。而后履行一方依第94条第2款在先履行一方预期违约时,则可不要担保而直接解除合同。这样就造成对双方当事人保护的不平等,剥夺后履行一方要求对方提供担保而使合同得以履行的权利,也将可能剥夺先履行一方愿意提供担保而使合同继续履行的机会,从而造成合同解除权的滥用。

2.《合同法》过分强调对债权人利益的保护。(1)第108条及第94条中规定了债权人享有解约权及要求债务人承担违约责任的权利,在一方当事人默示违约情况下,另一方当事人可以在不经催告的情况下解除合同。这样,就排除了预期违约方撤回违约表示的可能性,也不允许预期违约方为其履约提供必要的担保以保证合同的继续履行。这无疑会对作为债务人的预期违约方带来很不利的后果。(2)对一方当事人因错误地认为另一方当事人预期违约而行使解约权所应承担的法律责任,《合同法》未作出规定,这样,一方当事人就可能借口另一方当事人预期违约而行使解约权或其他救济措施,损害另一方当事人的利益而不承担法律责任。有悖于法律的公平原则。

3.对于默示预期违约,《合同法》仅规定了“以自己的行为表明”一种情形。无论是英美法还是《公约》,都对默示预期违约的条件作出了明确规定,而《合同法》中仅作粗略的规定,可谓是一个缺憾。这为一方当事人凭主观臆想去认定另一方当事人预期违约留下了可乘之机。鉴于我国加入了《公约》,我们

可依照有关法规精神,优先适用《公约》的规定。

4.预期违约必须是有效合同,无效合同不存在预期违约问题。那么可撤销合同是否也有预期违约问题,《合同法》未作规定。现在有两种意见:一种意见认为可撤销合同不存在预期违约,另一种意见认为可撤销合同只有在撤销之后才无效,在撤销之前是有效的,如一方当事人明确表示不履行合同,应该视为预期违约。笔者认为对可撤销合同应作具体分析。如一方主张对方预期违约,请求追究其违约责任时,对方反主张撤销合同,后经仲裁或诉讼,合同被撤销的,当然也就不存在预期违约。反之,一方当事人主张预期违约,另一方并未主张撤销合同,那么就应承认预期违约的存在。

#### 注释:

① Hochster V. De La Tour, 118 Eng. Rep. 922, Q. B (1853).

② G. H. Treitel, The Law of Contract, Stevens & Sons, 1983, p. 642.

③ 杨永清:《预期违约规则研究》,《民商法论丛》第3卷,第357页。

④ Hochster V. De La Tour(1853). 2E & B., p. 678, p. 689.

⑤ 南振兴、郭登科:《预期违约理论比较研究》,《法学研究》1993年第1期。

⑥ 辛格夫人诉辛格案(Synge. V. Synge.),《王座庭判例集》1894年第1期,第466页。

⑦ 王利明:《民商法理论与实践》,吉林人民出版社1996年版,第82页。

⑧⑭ 徐炳:《买卖法》,经济日报出版社1991年版第421~422页,第425页。

⑨ 陈安:《涉外经济合同的理论与实务》,中国政法大学出版社1994年版,第233页。

⑩ 余铎:《论预期违约规则的立法化——经济合同法修改管窥》,《法律科学》1993年第3期。

⑪ 译自《美国商法典》。

⑫ 韩世远、崔建远:《先期违约与中国合同法》,《法学研究》1993年第3期。

⑬ 史尚宽:《债法总论》,台湾荣泰印书馆股份有限公司1954年版,第567页。

(责任编辑 武 齐)